

	<b>Inhaltsübersicht</b>	11
I.	Der Fall .....	267
II.	Analyse .....	268
	<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	271
	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	274
	<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	298



# Inhaltsverzeichnis

<b>Hinführung</b>	19
A. Einleitung .....	19
B. Gang der Abhandlung .....	21
<i>1. Kapitel</i>	
<b>Bestandsaufnahme und Problemstellung</b>	24
A. Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung in der Praxis...	24
I. Rechtsprechung der Fachgerichte .....	24
1. Anwendung des § 17 StGB .....	24
2. Konkrete Handhabung .....	26
a) Grundsätzliche Strenge .....	26
b) Kriterien der Unvermeidbarkeit bei Rechtsprechungsänderungen	27
c) Widersprüchliche Entscheidungen .....	29
d) Betonung der subjektiven, tatrichterlich zu beurteilenden Natur des unvermeidbaren Verbotsirrtums .....	30
e) Relevante Konstellation: Unklare Rechtslage und bedingte Unrechtseinsicht .....	31
aa) Unterstellte Irrtümer .....	33
bb) Inkongruenz in Unrechtseinsichts- und Vermeidbarkeits- maßstab .....	34
cc) Vermengung von Vermeidbarkeit und Zumutbarkeit .....	34
dd) Ungenauigkeit als Behelf in der Praxis .....	34
II. Rechtsprechung des BVerfG .....	35
1. Anwendung des Art. 20 III i. V. m. 2 I GG .....	35
2. Verknüpfung mit dem Schuldgrundsatz, Art. 1 I, 2 I GG und Rechtsstaatsprinzip .....	36
3. Andeutungen zu Art. 103 II GG .....	37
4. Konkrete Handhabung .....	38
III. Zwischenfazit und Bewertung .....	39
B. „Juni-Beschluss“ .....	40
I. Hintergrund und weitere Aussagen der Entscheidung .....	41
1. An den Gesetzgeber gerichtete Anforderungen aus Art. 103 II GG ..	42
2. An die Rechtsprechung gerichtete Anforderungen aus Art. 103 II GG – Bekräftigung bekannter Anforderungen .....	44

II.	An die Rechtsprechung gerichtete Anforderungen aus Art. 103 II GG – Insbesondere Präzisierungsgebot	45
1.	Charakteristische Grundpfeiler des Präzisierungsgebots – Erste Annäherung	46
2.	Gehalt des Präzisierungsgebots	47
3.	a) Art und Weise der Präzisierung	47
	b) Gebot zur Restriktion	51
	c) Abgrenzung: Verbot der Erhöhung von Unsicherheiten	57
	d) Kontrollkompetenz des BVerfG	59
	e) Gehalt als Potenzial oder entfaltete Wirkkraft?	61
3.	Hintergrund des Präzisierungsgebots	68
4.	a) Vorbereitung in der Rechtsprechung	68
	aa) Einbeziehung einer (ständigen) Rechtsprechung in die Prüfung der Bestimmtheit des Gesetzes	68
	bb) Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen	72
	cc) Prüfung eines Auslegungsergebnisses am Maßstab des Bestimmtheitsgebotes	75
5.	b) Vorbereitung in der Literatur	79
	aa) Vorläufer einer aktiven Aufgabenzuschreibung	80
	bb) Terminus des „Präzisierungsgebots“	84
	c) Innovationsgehalt des Präzisierungsgebotes	85
6.	4. Berechtigung des Präzisierungsgesetzes	86
7.	a) Gehaltvolle Interpretation als Voraussetzung einer Berechtigung	86
8.	b) Präzisierungsgebot und staatliches Kompetenzgefüge	86
9.	aa) Verhältnis von Legislative und Judikative	87
10.	(1) Verhältnis zum an den Gesetzgeber gerichteten Bestimmtheitsgebot	87
11.	(2) Übergriff der Judikative in den Kernbereich legislativer Tätigkeit?	92
12.	bb) Aufgabenverteilung zwischen Fachgerichten und BVerfG	96
13.	c) Kompatibilität des Präzisierungsgesetzes mit dem deutschen Strafprozess	101
14.	III. Zwischenfazit und Bewertung	103
C.	Folgen für die Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung	104
I.	Keine Zeitenwende in Dogmatik des Art. 103 II GG	104
II.	Quantitative Erwägungen	104
III.	Explizite Benennung als eigentliches Novum – Betrachtung als wider- streitende Präjudizien	106
IV.	Stimmiges Gesamtkonzept erforderlich	109
D.	Fazit: Veränderung erforderlich	111

*2. Kapitel*

<b>Alternative Ansätze zur Behandlung täterbelastender Rechtsprechungsänderungen</b>	112
A. Subjektive Ansätze .....	112
I. Zumutbarkeit .....	112
II. Analoge Anwendung des § 17 StGB .....	115
III. Vorwerfbarkeit .....	117
IV. Angepasste Anwendung des § 17 StGB .....	118
1. Ansätze zur Behandlung der bedingten Unrechtseinsicht .....	118
a) Ausbau des kognitiven Elements .....	118
b) Ausbau eines voluntativen Elements .....	120
c) Kein Unrechtsbewusstsein bei bloß bedingter Unrechtseinsicht ..	121
2. Bedenken gegen eine Anwendung des § 17 StGB und Bewertung ..	122
a) Begrifflichkeit des Irrtums .....	122
b) Vorwurf an den Täter .....	125
c) Staats- und Bürgerbild des GG .....	126
d) Folgen für die Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungs- änderung .....	128
V. Zwischenfazit und Bewertung .....	132
B. Objektive Ansätze .....	133
I. Anwendung des allgemeinen Vertrauenschutzes .....	133
1. Hintergrund .....	133
2. Allgemeine Voraussetzungen .....	137
a) Vertrauensgrundlage .....	139
b) Vertrauen .....	141
c) Vertrauensbetätigung .....	145
d) Schutzwürdigkeit .....	146
3. Rechtsfolgen .....	148
4. Anwendbarkeit und Leistungspotenziale .....	149
a) Zulässigkeit des Rückgriffs auf den allgemeinen Vertrauenschutz ..	149
aa) Gesichtspunkt des § 17 StGB .....	150
(1) Vorrangige Anwendung einfachrechtlicher Ausformungen? .....	150
(2) Sinnhaftigkeit der Anwendung mit Blick auf Schutz- niveaus .....	152
bb) Gesichtspunkt des Art. 103 II GG .....	152
b) Darstellbarkeit einer rein objektiven Lösung .....	155
c) Prüfungspunkt der Schutzwürdigkeit im Strafrecht .....	158
5. Zwischenfazit und Bewertung .....	159
II. Anwendung des Rückwirkungsverbots des Art. 103 II GG .....	160
1. Hintergrund .....	160

2. Argumentationsansätze für und gegen die Anwendung auf Rechtsprechungsänderungen .....	160
a) Wortlautargumente .....	160
b) Historische Argumente und Verfassungswandel .....	162
aa) Weg und Begrenzung eines Verfassungswandels .....	162
bb) Argumentation Danneckers gegen die Einbeziehung in den Normbereich des Art. 103 II GG .....	165
cc) Neue Standortbestimmung unter Einbeziehung der Präzisierungspflicht .....	165
c) Argumente aus Einbeziehung der positiven Generalprävention ..	167
d) Argumente aus Erwägungen zum Charakter von Gerichtsentscheidungen und Normen .....	168
aa) Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Gesetzgebung und Rechtsprechung .....	168
bb) Argumentation über Normtheorie .....	171
cc) Anknüpfung an eine Präjudizienlehre .....	173
3. Praktikabilität und möglicher Inhalt einer solchen Anwendung .....	174
a) Vom Prozessrecht ausgehende Einwände .....	175
b) Art. 103 II GG als abwägungsresistenter grundrechtsgleicher Recht .....	177
4. Zwischenfazit und Bewertung .....	180
C. Fazit: Anknüpfung an Art. 103 II GG vorzugswürdig .....	181

### 3. Kapitel

#### **Entwicklung eines austarierenden Maßstabs** 182

A. Vorhandene Ansätze .....	182
I. Nicht abschichtende Ansätze .....	182
II. Formale Ansätze .....	183
1. Revisionsgerichtliche Entscheidungen .....	184
2. Einbeziehung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen .....	186
3. Höchstrichterliche Entscheidungen .....	189
4. Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen oder der Vereinigten Großen Senate .....	190
5. Entscheidungen des allein zuständigen Senats .....	191
6. Zwischenfazit und Bewertung .....	193
III. Inhaltliche Ansätze .....	193
1. Präzisierende Rechtsprechung .....	194
a) Ergebnisse präzisierender Rechtsprechung .....	195
b) Gegenstand präzisierender Rechtsprechung .....	197
c) Kennzeichnung präzisierender Rechtsprechung .....	198
2. Gesetzesergänzende Rechtsprechung .....	199
3. Mit gesetzgeberischer Tätigkeit vergleichbare Rechtsprechung .....	201

4. Unwerturteil verändernde Rechtsprechung .....	203
5. Gewohnheitsrecht .....	206
6. Dezisionistisch strafunrechtkonstituierende Rechtsprechung .....	208
7. Zwischenfazit und Bewertung .....	210
IV. Empirische und inhaltlich-empirische Ansätze .....	210
1. Bestimmten Grad an Selbstreferenzialität erreichende Rechtsprechung .....	210
2. Kombination mit inhaltlichen Aspekten .....	213
3. Einordnung der Rechtsprechung des BVerfG .....	214
V. Zwischenfazit und Bewertung .....	215
B. Abschichtung im Rahmen des Rückwirkungsverbotes .....	216
I. Vertrauensgrundlage .....	218
1. Voraussetzungen .....	218
a) Allgemeinheit und Konkretheit .....	218
b) Revisionsgerichtliche Entscheidung .....	221
2. Nicht überzeugende Voraussetzungen .....	222
a) Keine Beschränkung auf veröffentlichte Entscheidungen .....	222
b) Keine Beschränkung auf tragende Erwägungen .....	222
3. Verstärkende Faktoren .....	226
a) Formale Kriterien .....	226
b) Inhaltliche Kriterien .....	227
c) Empirische Kriterien .....	227
II. Vertrauenswürdigkeit .....	228
1. Richterliche Ankündigungen .....	229
a) Formell .....	229
aa) <i>Prospective overruling</i> .....	229
bb) <i>Obiter dicta</i> .....	231
(1) Technik des <i>obiter dictum</i> .....	231
(2) Zulässigkeit .....	233
(3) Rechtsunsicherheitserhöhungsverbot .....	234
(4) Bedeutung für die täterbelastende Rechtsprechungsänderung .....	237
b) Informell .....	238
2. Rezeption in der Wissenschaft .....	240
III. Abschichtung im Einzelfall und Rechtsfolge .....	242
1. Ausgangspunkt und mögliche Fallkonstellationen .....	242
2. Entscheidung anhand „spezifizierter fallgebundener Ähnlichkeitsregeln“ .....	244
a) Ansatz der spezifizierten fallgebundenen Ähnlichkeitsregeln .....	245
b) Anwendung auf die täterbelastende Rechtsprechungsänderung .....	248
aa) BVerfG BeckRS 2011, 52468 .....	248
bb) Bedeutung für den hier vertretenen Ansatz .....	248
IV. Zwischenfazit und Überblick .....	249

*4. Kapitel*

<b>Beispielhafte Anwendung des Ansatzes – Bewertung einzelner Rechtsprechungsänderungen</b>	252
A. HSH Nordbank – Zu den Mindestbedingungen einer Vertrauensgrundlage . . . . .	252
I. Der Fall . . . . .	252
II. Analyse . . . . .	253
1. Vertrauensgrundlage . . . . .	253
2. Fazit . . . . .	256
B. Absenkung der „Promillegrenze“ auf 1,1 % – Nichtgenügen einer bloß informellen Änderungskündigung . . . . .	257
I. Der Fall . . . . .	257
II. Analyse . . . . .	257
1. Vertrauensgrundlage . . . . .	257
2. Vertrauenswürdigkeit . . . . .	259
3. Fazit . . . . .	260
C. Parteiverrat – (Vermeintliche) Evidenzentscheidung des BVerfG . . . . .	260
I. Der Fall . . . . .	260
II. Analyse . . . . .	261
1. Vertrauensgrundlage . . . . .	261
2. Vertrauenswürdigkeit . . . . .	261
3. Abschichtung und Fazit . . . . .	264
D. „Gebrauchen“ i. S. des § 281 StGB – Keine Entwicklung, sondern offenes Nebeneinander unterschiedlicher Begriffsbedeutungen . . . . .	264
I. Der Fall . . . . .	264
II. Analyse . . . . .	265
1. Vertrauensgrundlage . . . . .	265
2. Vertrauenswürdigkeit . . . . .	265
3. Fazit . . . . .	266
E. Abkehr von der Teilselbstanzeige – Plötzlicher Kurswechsel durch die Rechtsprechung . . . . .	267
I. Der Fall . . . . .	267
II. Analyse . . . . .	268
1. Vertrauensgrundlage . . . . .	268
2. Vertrauenswürdigkeit . . . . .	269
3. Fazit . . . . .	269
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b> . . . . .	271
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	274
<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	298

# Hinführung

## A. Einleitung

Wer die (strafrechtliche) Rechtslage in der Praxis einzuschätzen hat, wird wie selbstverständlich insbesondere Gerichtsentscheidungen auswerten.<sup>1</sup> Der Rechtsanwalt etwa hat sich bei der Beratung seiner Mandanten grundsätzlich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie der Bürger im Fall der Änderung einer strafrechtlichen Rechtsprechung zu schützen ist. Diese Frage ist seit Jahrzehnten umstritten.<sup>3</sup> Im Wesentlichen werden drei Lösungsansätze vertreten: Die Anwendung des Rückwirkungsverbots des Art. 103 II GG,<sup>4</sup> die Heranziehung des allgemeinen Vertrauenschutzes<sup>5</sup> und eine Lösung auf Ebene der Schuld über § 17 StGB.<sup>6</sup>

Die fachgerichtliche Rechtsprechung wendet § 17 StGB an.<sup>7</sup> Der Schutz des Betroffenen im Falle einer Rechtsprechungsänderung hängt damit – jedenfalls bei dogmatisch stringenter Handhabung der Norm – von den subjektiven Umständen der (fehlenden) Unrechtseinsicht und der Vermeidbarkeit ab.<sup>8</sup> Schon ab den sechziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts wurde dies immer wieder in Frage gestellt und die Anwendung des Rückwirkungsverbotes aus Art. 103 II GG auch auf Fälle der Rechtsprechungsänderung gefordert.<sup>9</sup> Die fachgerichtliche Rechtsprechung hielt und hält indes weiterhin an ihrer hergebrachten Ansicht fest, für sie ist alleiniger Adressat des Rückwirkungsverbotes des Art. 103 II GG damit der Gesetzgeber.

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, S. 1.

<sup>2</sup> OLG Brandenburg BeckRS 2020, 24096 Rn. 13 m. w. N.

<sup>3</sup> Vgl. etwa *Tröndle*, FS Dreher, S. 117 ff.

<sup>4</sup> Etwa *Hettinger/Engländer*, FS Meyer-Goßner, S. 145 ff.

<sup>5</sup> BVerfG BeckRS 2011, 52468.

<sup>6</sup> Etwa *Jakobs*, AT, Abschn. 4 Rn. 82; SK StGB-*Jäger*, § 1 Rn. 16. Dabei kommt es zu Überschneidungen, namentlich das BVerfG sieht in der Anwendung des § 17 StGB einen Ausdruck des verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauenschutzes (BVerfG BeckRS 2011, 52468 Rn. 16; (objektiv verstandenen) Vertrauenschutz hingegen von § 17 StGB abgrenzend LK-*Dannecker/Schuhr*, § 1 Rn. 444).

<sup>7</sup> BVerfG BeckRS 2011, 52468; BGHSt 37, 55, 67 ff.; BGH NJW 1976, 1949, 1950; vgl. BGHSt 55, 121, 130.

<sup>8</sup> *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 105 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Tröndle*, FS Dreher, S. 117 m. w. N.

Im Jahr 2010 kam Bewegung in die Diskussion um die neben dem Rückwirkungsverbot andere Facette des Art. 103 II GG, die klassischerweise als an den Gesetzgeber adressiert verstanden wird, das Bestimmtheitsgebot.<sup>10</sup> In seinem „Juni-Beschluss“<sup>11</sup> hatte das BVerfG über die ausreichende Bestimmtheit des § 266 StGB zu entscheiden, welche es im Ergebnis bejahte. Dies wurde auch damit begründet, dass die Rechtsprechung ausdrücklich in den Adressatenkreis des Bestimmtheitsgebots einbezogen wurde. Durch präzisierende und konkretisierende Auslegung habe sie Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen „nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot“<sup>12,13</sup>. So kommt der Rechtsprechung nach dem Verständnis des BVerfG bei der Schaffung eines i.S. des Art. 103 II GG „bestimmten“ Strafrechts eine konstitutive Aufgabe zu.

Je großzügiger die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot gehandhabt werden, desto weniger kann das Rückwirkungsverbot seine Schutzwirkung entfalten – beide Ausprägungen des Art. 103 II GG hängen somit eng miteinander zusammen.<sup>14</sup> Angesichts des neuen Impulses durch das BVerfG beim Bestimmtheitsgebot erscheint es somit naheliegend, auch neue Impulse für die Diskussion um die Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung zu erwarten. Dies gilt umso mehr, als das BVerfG im „Juni-Beschluss“ selbst ausführte, dass aus der Präzisierungspflicht auch folgen könne, dass Rechtsprechungsänderungen strengeren Maßstäben unterliegen als dem allgemeinen Vertrauenschutz.<sup>15</sup> In der Debatte um die täterbelastende Rechtsprechungsänderung wurde die Präzisierungspflicht dann auch aufgegriffen; namentlich wird festgestellt, dass bei Anerkennung einer Präzisierungspflicht eine strengere Handhabung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung angezeigt erscheint.<sup>16</sup> Ausführliche Würdigungen des Verhältnisses von Präzisierungspflicht und Streit um die Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung sind hingegen rar.<sup>17</sup> Zu konstatieren ist ferner, dass zur nachgelagerten Frage, bei der Änderung *welcher* Rechtsprechungsstände

---

<sup>10</sup> Zu den Adressaten der verschiedenen Aspekte des Art. 103 II GG *Roxin/Greco*, AT I, § 5 Rn. 7.

<sup>11</sup> BVerfGE 126, 170.

<sup>12</sup> BVerfGE 126, 170, 198.

<sup>13</sup> Im Folgenden werden die Begriffe Präzisierungsgebot und Präzisierungspflicht synonym verwendet.

<sup>14</sup> *Gross*, GA 1971, 13, 16.

<sup>15</sup> BVerfGE 126, 170, 199.

<sup>16</sup> Etwa *Matt/Renzikowski-Basak*, § 1 Rn. 27; *MüKo StGB-Schmitz*, § 1 Rn. 40; *AnwaltK-Gaede*, § 1 Rn. 42.

<sup>17</sup> Aber etwa *Neumann*, FS Beulke, S. 197 ff.; *Leite*, GA 2014, 220 ff.; vgl. *Corneilius*, GA 2015, 101 ff.

Schutz bestehen soll, oftmals lediglich Schlagworte genannt werden.<sup>18</sup> Die fachgerichtliche Rechtsprechung hat unter Billigung des BVerfG<sup>19</sup> an ihrer Anwendung des § 17 StGB festgehalten.

Diese Arbeit betrachtet daher das Problem der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Präzisierungspflicht. Aus dieser Perspektive soll zunächst ein dogmatisch überzeugender Lösungsweg gefunden werden. Dann soll ein konkreter, praktisch handhabbarer Vorschlag zur Abschichtung von Rechtsprechungsständen gemacht werden, anhand dessen die Entscheidung getroffen werden kann, in welchen Konstellationen der Betroffene zu schützen ist.

## B. Gang der Abhandlung

Die Arbeit leistet in ihrem ersten Kapitel eine Bestandsaufnahme und untersucht den so freigelegten *status quo*. Dazu wird zunächst die Behandlung der täterbelastenden Rechtsprechungsänderung in der Praxis dargestellt. Es werden der dogmatische Hintergrund, auf welchem die Anwendung des § 17 StGB gründet, und die praktische Handhabung des Verbotsirrtums durch die Fachgerichte erläutert, namentlich die dabei hoch angesetzten Anforderungen an die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums.<sup>20</sup> Außerdem werden die Vorgaben des BVerfG zur täterbelastenden Rechtsprechungsänderung im Allgemeinen, d. h. noch unter Ausklammerung des „Juni-Beschlusses“, aufgezeigt.

Sodann wird der „Juni-Beschluss“ aufgearbeitet und das Konzept der Präzisierungspflicht analysiert: Ausgehend von der Entscheidung des BVerfG werden der Gehalt des Präzisierungsgebots abgesteckt und sein Hintergrund – seine Vorbereitung in Rechtsprechung und Literatur – beleuchtet. Im Anschluss wird die Präzisierungspflicht selbst auf ihre Berechtigung hin untersucht, denn aus einer in Begründung und/oder Ergebnis abzulehnenden Rechtsprechung ließen sich kaum sinnvolle Schlüsse für einen anderen

---

<sup>18</sup> Etwa MüKo StGB-Schmitz, § 1 Rn. 40: Rückwirkungsverbot insbesondere bei präzisierender Rechtsprechung; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 124: „Bedenken aufgrund des Rückwirkungsverbots kommen daher nur gegenüber der unangekündigten Änderung der Bewertungsgrundlage einer gefestigten Rechtsprechung in Betracht, die das Risiko einer Bestrafung für einen informierten Durchschnittsadressaten ausgeschlossen erscheinen lassen musste“; G/J/W-Bock, § 2 Rn. 17: Rückwirkungsverbot bei quantifizierenden Regeln der Rechtsprechung wie BAK; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke-Schmahl, Art. 103 Rn. 78 m. w. N.: Rückwirkungsverbot bei Änderung einer gesetzesergänzenden Rechtsprechung, die strafrechtliches Unwerteil modifiziert, „indem sie eine gefestigte höchstrichterliche Rspr. zu einem weiten Tatbestandsmerkmal änder[t]“.

<sup>19</sup> BVerfG BeckRS 2011, 52468.

<sup>20</sup> Vgl. dazu etwa Gaede, HRRS 2013, 449, 456 ff.